

NOCIONES GENERALES DE LA LIBERTAD DE EMPRESA EN COLOMBIA**Por Luis Fernando Sabogal Bernal***

SUMARIO: Aspectos preliminares. Concepto. ¿Es la libertad de empresa un derecho fundamental?. La teoría del núcleo esencial aplicada al derecho de la libertad de empresa. Contenido esencial de la libertad de empresa – límites. La función social como límite a libertad de empresa. Mecanismos de protección. La libertad de empresa como fundamento de la autonomía privada. Conclusiones.

Escasa ha sido en realidad la elaboración doctrinaria en torno a la Empresa en el Derecho Colombiano pese a su trascendental importancia en la economía moderna. De igual forma, numerosas han sido las inquietudes que se han suscitado con relación al verdadero alcance de las expresión “Libertad Económica” en nuestra Constitución Política.

La empresa como actividad económica organizada para producción de bienes y/o la prestación de servicios¹, es una realidad económica, social y jurídica, que presenta innegables efectos en el mundo de los negocios, la cual, debe ser estudiada no sólo desde la óptica ius privatista sino también ius publicista, más aún teniendo en cuenta que la experiencia jurídica contemporánea ha sido marcadamente constitucionalizada². La tendencia constitucionalista de los tiempos modernos ha influido la mayoría de las instituciones jurídicas existentes³, y la empresa no ha sido la excepción.

Inicialmente desarrollaremos un estudio general de la libertad de empresa en Colombia, pero ya en cuanto a la delimitación de su contenido en el derecho interno,

* Este artículo fue presentado a la Revista el 2 de marzo de 2005 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 14 de junio de 2005, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia con estudios de especialización en derecho comercial de la misma Universidad. Asistente de Coordinación del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia.

¹ Ver artículo 25 del C.Com.

² “Desde las vísperas de la segunda guerra mundial se viene hablando de “publicización” del derecho privado, fenómeno al que se replicaría con el de “privatización” del derecho público. No obstante que desde la primera noticia de esta clasificación en el derecho romano se sabe de su relatividad y orientación más docente que práctica, se ha tratado dogmáticamente de separar y contraponer las dos ramas y de formar bandos o sectas de cultores o adictos, prestos a combatir entre sí fanáticamente. Por muchos años, siglos, el derecho privado fue tenido por de mejor familia, en tanto que hoy esa primacía ha ido pasado al derecho público, y cuando los cultores de alguna especialidad aspiran a llamar la atención y privilegiar el objeto de sus querencias, comienzan por sostener que se aproxima al derecho público o es semipúblico.” (HINESTROSA, Fernando. Función, límites y cargas de la autonomía privada, En: Estudios de derecho privado. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1986, p. 45.)

³ El inciso primero del artículo 4º de la C.N. reza “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las normas constitucionales”.

hemos decidido para efectos prácticos concentrarnos en un enfoque particular, cual es el derecho de sociedades, por ser éste el eje principal del derecho comercial y empresarial.

1. ASPECTOS PRELIMINARES

La libertad de empresa tiene su antecedente histórico en la Revolución Francesa, cuando se instauró el principio de libertad de comercio y de industria paralelamente a la proclamación de la propiedad como derecho sagrado e inviolable, esto bajo un sistema económico autosuficiente y como consecuencia del derecho natural y de una política antiestatal.⁴ En las constituciones modernas, la libertad de empresa se erige como un derecho propio del ciudadano.

De igual forma en Colombia, la noción de libertad de empresa no es nueva, pues de antaño ya nuestra Corte Suprema de Justicia había esbozado su contenido y alcance⁵ con fundamento en normas constitucionales precedentes⁶, aunque para entonces quizás con un criterio más amplio sin las particularidades de contenido económico actual, en razón a un desarrollo empresarial menos evolucionado propio de la época.

En cuanto a su ubicación, no es una institución jurídica que se encuentre nominalmente contemplada en nuestro ordenamiento constitucional, mas sin embargo, su existencia se colige del artículo 333 de la C.N.⁷ dentro del título XII dedicado al régimen económico y de la hacienda pública, en donde se modulan algunos de los principios incorporados en el título primero de la C.N. y en particular el “Estado Social”.

⁴ GALGANO, Francesco. Derecho Comercial: El Empresario. TEMIS, Bogotá, 1999, p. 120. Título original: Diritto commerciale. L'imprenditore. Terza edizione, 1989.

⁵ “El contenido de la libertad de industria consiste en que cada cual tiene derecho a dedicarse a la actividad lícita y honesta que escoja. Mas semejante libertad no es absoluta, ya que existen medidas policivas y condiciones impuestas por la seguridad pública en defensa de los intereses colectivos o en amparo de terceros”. Corte Suprema de Justicia, “Sentencia del 28 de septiembre de 1938”, Magistrado Ponente Eleuterio Serna R. Gaceta Judicial Tomo XLVII No. 1940, Pág. 218.

⁶ El artículo 32 de la C.N. de 1886 subrogado por el art. 6º del Acto Legislativo número 1 de 1968 preceptuaba “Se garantiza la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, pero la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá por mandato de la ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral. Intervendrá también el Estado, por mandato de la ley, para dar pleno empleo a los recursos humanos y naturales dentro de una política de ingresos y salarios, conforme a la cual el desarrollo económico tenga como objetivo principal la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad, y de las clases proletarias en particular”.

El artículo 39 de la C.N. de 1886 rezaba en su art. 39 modificado por el artículo 15 del Acto Legislativo No. 1 de 1936 “Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley puede exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones...”.

⁷ Artículo 333 de la C.N. “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.”

Afirmamos que su presencia en el ordenamiento jurídico interno se colige, toda vez que en el precepto constitucional en mención no se incorpora propiamente el término libertad de empresa, sino que en su lugar se habla de libertad económica. Por ello será pertinente precisar en primera instancia si se trata de términos sinónimos o si por el contrario tienen connotaciones diferentes.

Sobre este particular, algunos doctrinantes opinan que la libertad de empresa es la moderna expresión de la libertad económica⁸. En el derecho comparado existen posiciones disímiles. En *España*, se contempla expresamente la libertad de empresa⁹ y no se regula en ningún lado la libertad económica, lo que no quiere decir que esta última no tenga aplicabilidad en el ordenamiento constitucional español, pues se ha interpretado por vía doctrinaria que la libertad económica es un principio constitucional derivado de la unión entre el principio general de la “libertad” y la institución del “mercado”, en el que la libertad de empresa es una concreción de ese principio de la libertad de económica. En *Alemania* parten de una interpretación del derecho al libre desarrollo de la personalidad en la Ley Fundamental de Bonn¹⁰, para deducir el derecho fundamental de la libertad económica, entendida como libertad empresarial de disposición, por tanto, libertad económica y libertad de empresa tienen un tratamiento similar. En *Francia*, la relación entre libertad económica y libertad de empresa es la existente entre género y especie, en donde la libertad económica es el género y la libertad de empresa es una de sus especies junto con la libre competencia.¹¹

En Colombia la Jurisprudencia Constitucional no ha sido uniforme en acoger un solo criterio, pues se han visto pronunciamientos en donde no se hace distinción alguna entre libertad de empresa y libertad económica, tratándolos como equivalentes o sinónimos, al parecer siguiendo el esquema alemán, en tanto, en otros pronunciamientos ha seguido la concepción francesa donde la libertad económica engloba la libertad de empresa.

En cualquier caso, lo cierto es que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia colombiana se mantiene vigente el principio de libertad de empresa en Colombia, pese a que el constituyente de 1991 haya omitido su consagración expresa en la norma superior.¹²

2. CONCEPTO

En cuanto al concepto de libertad de empresa, podemos citar en principio a ARAGON REYES cuando expresa <<*Es una libertad que se reconoce a los ciudadanos para acometer y desarrollar actividades económicas, sea cual sea la forma jurídica*

⁸ ARIÑO Ortiz, Gaspar. Principios de derecho público económico. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 258. (Fundación de Estudios de Regulación, 1999, Madrid, España).

⁹ Artículo 38 de la Constitución Española de 1978 “*Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.*”

¹⁰ Artículo 2 inciso primero de la Ley Fundamental de Bonn “*Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otra ni atente contra el orden constitucional o la ley moral.*”

¹¹ ESTRADA, Alexei. La libertad económica a la luz de la jurisprudencia constitucional. Publicado en: Revista de Derecho del Estado. Universidad Externado de Colombia, p. 73 y 74.

¹² *Ibíd.*, p. 75.

(individual o societaria) que se emplee y sea cual sea el modo patrimonial o laboral que se adopte>>¹³.

Por su parte la CORTE CONSTITUCIONAL la ha definido, cuando la entiende como sinónimo de la libertad económica, en los siguientes términos: *<<Es la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio>>¹⁴.*

Entonces, libertad de empresa¹⁵ es una libertad que se concede a toda persona (sin hacer distinción entre personas naturales o jurídicas), para desarrollar actividades de carácter económico (entendiendo por actividad económica, aquella que tiene por objeto la producción y distribución de bienes, y de forma derivada el consumo y la acumulación)¹⁶, y para mantener o incrementar su patrimonio (conjunto de bienes materiales e inmateriales inherentes a una persona).

3. ¿ES LA LIBERTAD DE EMPRESA UN DERECHO FUNDAMENTAL?

En el derecho comparado, a la libertad de empresa generalmente se le ha reconocido como un derecho fundamental¹⁷. Efectivamente, doctrinas como la alemana y la española le han asignado el carácter de fundamental sobre el supuesto de aproximar el contenido y concepto de esta libertad a otros derechos reconocidos expresamente por el Constituyente como fundamentales. En *Alemania*, la Ley Fundamental de Bonn no consagra expresamente la libertad de empresa, y por tal circunstancia, la doctrina y la jurisprudencia han aproximado la libertad económica a otros derechos como el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de profesión o industria, el derecho de propiedad, la libertad de residencia, la libertad de asociación y la libertad en general, para por esta vía hacer de la libertad de empresa un derecho fundamental. De forma semejante en España, se identifica el concepto de libertad de empresa con el derecho de libertad de iniciativa económica, el derecho a la propiedad privada, el derecho de asociación, la libertad de residencia y circulación, el derecho al trabajo, la libre elección de profesión y la libertad general de contratación, con miras a otorgarle igualmente el carácter de fundamental.

Sin embargo, en Colombia la situación es diferente, pues si bien fue reconocida como derecho fundamental en las primeras providencias del máximo órgano constitucional, con posterioridad la misma Corte negó su “iusfundamentalidad” apoyándose en la doctrina norteamericana de las preferred liberties, esgrimiendo que las libertades de carácter económico enunciadas en el artículo 333 de la C.N. no tienen la misma connotación ni valor de los derechos inherentes a la persona a quienes la Constitución sí expresamente les ha reconocido su carácter de fundamentales ubicándolas en el Capítulo II del Título I de la Carta Política Colombiana^{18 19}. En palabras textuales de la

¹³ ARAGON Reyes, Manuel. “Constitución y modelo económico”, capítulo del libro “Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita. Simposio Internacional sobre Derecho del Estado” Tomo II. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 386.

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 425/92.

¹⁵ La doctrina administrativa de países como Estados Unidos, Alemania y España coinciden en afirmar que la libertad de empresa es “un derecho subjetivo con exigencias jurídicas que pueden ser invocadas por el individuo en cada caso”. ARIÑO Ortiz, Gaspar. Ob. cit. P. 260.

¹⁶ ECONOMÍA PLANETA: Diccionario Enciclopédico. Editorial Planeta, España, 1980, Tomo I, p. 33.

¹⁷ Estrada, Alexei. Op Cit., p. 76.

¹⁸ ESTRADA, Alexei. Ob. cit., p. 76 – 77.

Corte: <<las libertades económicas y el resto de las libertades civiles y políticas no están sometidas a la misma regulación constitucional. La Constitución confiere un mayor valor a los derechos y libertades de la persona que a los derechos y libertades de contenido puramente patrimonial, ya que expresamente establece el dirigismo económico, es decir, consagra un mercado de bienes y servicios pero bajo la dirección del Estado, mientras que prohíbe todo dirigismo en materia política, ética o intelectual, por lo que se puede decir que estatuye una libre circulación de ideas. Por eso es lícito concluir que, en términos generales, las libertades de la persona y los derechos de participación ocupan en la Constitución Colombiana una posición preferente respecto de la libertades económicas>>²⁰. No obstante, en otra oportunidad manifestó que si bien las libertades económicas no constituyen de por sí derechos fundamentales, no por ello es posible restringirlas arbitrariamente, y por consiguiente “es viable predicar la ius fundamentalidad de estos derechos cuando se encuentren en conexidad con un derecho fundamental, esto es, cuando su ejercicio sea el instrumento para hacer efectivo un derecho fundamental”²¹

De manera que en Colombia, al menos frente a nuestro máximo órgano constitucional, la libertad de empresa no es de forma directa un derecho fundamental²², aún cuando podría predicársele este carácter de forma indirecta con aplicación de la teoría de la conexidad. Sin embargo, creemos que la Corte Constitucional Colombiana perfectamente podría haber asumido una interpretación como la adoptada en Alemania y España y reconocer por ese camino la “iusfundamentalidad” directa de la libertad de empresa, pues ésta al igual que los demás derechos fundamentales también apunta en primer lugar a la protección del individuo, sólo que adicionalmente tiene importantes repercusiones en el orden económico general. No obstante, esperamos que en un futuro próximo la Corte se decida por reconocerle la condición de fundamental a este derecho.

4. LA TEORÍA DEL NÚCLEO ESENCIAL APLICADA AL DERECHO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA.

Advertimos que si bien ésta teoría ha sido especialmente diseñada para identificar el contenido de los derechos fundamentales, creemos es aplicable para explicar el contenido esencial de la libertad de empresa, toda vez que la misma: a) es un derecho constitucionalmente reconocido; b) es un derecho al cual la Corte Constitucional le ha reconocido la utilización de la teoría del núcleo esencial²³ y frecuentemente le ha

¹⁹ El caso de la interpretación de las libertades incorporadas en el artículo 333 de la C.N., ha sido de los pocos casos en que la Corte, apoyada en razones de fondo, le da prevalencia al criterio formal sobre el material.

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 256/94.

²¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-157 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²² El profesor ALEXEI JULIO ha identificado las más importantes consecuencias que trae el desconocimiento de fundamental de la libertad de empresa, las cuales se resumirán así:

- a. Sólo se podrá ejercitar la acción de tutela para procurar su defensa cuando su violación sea conexas con la de otro derecho que sí tenga la connotación de fundamental.
- b. Toda vez que entre en conflicto la libertad económica con un principio o derecho fundamental el primero deberá ceder ante los segundos.
- c. Se hace más amplio el poder de discrecionalidad del legislador en cuanto a la posibilidad de limitar el ejercicio de este derecho.

²³ “Las limitaciones constitucionales de la libertad de empresa, para que sean legítimas, deben emanar o ser impuestas en virtud de una ley y **no afectar el núcleo esencial de ese derecho**. La legitimidad de las intervenciones depende de la existencia de motivos adecuados y suficientes para limitar los procesos de creación y funcionamiento de las empresas. El derecho consagrado en el artículo 333 de la Carta

aplicado el criterio de la ponderación (criterio base esta teoría); c) es un derecho al que se le ha reconocido el carácter de fundamental en la mayoría de países del mundo occidental; y d) porque es una forma práctica de explicar el contenido de este derecho conforme a la hermenéutica constitucional colombiana.

La libertad de empresa en la fijación de su contenido se encuentra sujeta a la imposición de unos límites; sin embargo, esos límites en ningún caso pueden llegar al extremo de anular el derecho, sino que por el contrario debe respetarse, en todo caso, el contenido mínimo de ese derecho.

Tal afirmación lleva directamente a la **teoría del contenido mínimo de los derechos constitucionales**²⁴, según la cual si bien los derechos pueden ser limitados o restringidos por diversas causas, no cualquier límite ni restricción se ajusta a la Constitución, pues sólo son válidos aquellos límites que respeten el núcleo esencial del derecho limitado. Nuestra CORTE CONSTITUCIONAL lo ha definido como <<el ámbito intangible del derecho cuyo respeto se impone a las autoridades y a los particulares>>²⁵.

Ésta ha sido la teoría de interpretación de derechos constitucionales más utilizada por la Corte Constitucional desde 1992, prueba de ello son las sentencias que se han expedido en tal sentido²⁶. No obstante, debe advertirse que a esta teoría se le han identificado por la doctrina algunas falencias de consideración²⁷, lo que ha llevado a que en otros países no se le haya dado la misma aplicabilidad que en Colombia, más sin embargo, como ha sido la más utilizada por la jurisdicción constitucional, se ha decidido hacer un estudio de la libertad de empresa con fundamento en esta teoría,

Política no solo entraña la libertad de iniciar una actividad económica sino la de mantenerla o proseguirla en condiciones de igualdad y libertad". CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-291 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. (La negrilla es nuestra).

²⁴ Esta teoría fue inicialmente elaborada en Alemania con importantes desarrollos en España, por lo cual en ambas Constituciones Nacionales se incorporó como una cláusula que obliga a su utilización toda vez que sea necesaria la interpretación de un derecho fundamental. En Colombia no existe ningún precepto constitucional que aluda a la aplicación de esta teoría, más sin embargo, fue importada por nuestra Corte Constitucional desde 1992. En Alemania, esta teoría de interpretación se encuentra constitucionalmente contemplada en el artículo 19 inciso segundo de la Ley Fundamental de Bonn "*En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial*".

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 426 de 1992.

²⁶ Véase por ejemplo las sentencias T-02 y T-411 de 1992.

²⁷ Algunas de las principales falencias que ha identificado la doctrina respecto de la teoría del núcleo esencial son las siguientes: (Tomado de OZUNA, Néstor. El núcleo esencial de los derechos fundamentales. Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Constitucional, notas de investigación aún no publicadas).

- No existe claridad ni consenso sobre el significado del "núcleo esencial" de los derechos, ni mucho menos sobre el contenido esencial de cada derecho fundamental en particular.
- La teoría se sustenta sobre la ponderación de valores e intereses entre los distintos derechos y la intangibilidad de los mismos, pero éstos son dos conceptos que se contradicen entre sí.
- Es una construcción erizada de dificultades y riesgos por la ausencia de nociones claras sobre el núcleo esencial del derecho, pues poco se avanza en la determinación del núcleo esencial de un derecho en particular cuando se afirma que coincide con su "ámbito intangible" o que es el resultado de un juicio de proporcionalidad y racionalidad.
- Las distintas aproximaciones de esta teoría coinciden en que el núcleo esencial es algo así como la suma de características de un derecho, sin las cuales se pierde su fisonomía. Si ello es así, entonces el núcleo esencial no es nada distinto a la propia configuración constitucional de cada derecho, y esta constatación lleva a concluir que se trata de una elaboración innecesaria.

toda vez que la presente investigación quiere dar soluciones concretas conforme a la experiencia jurídica colombiana²⁸.

En cuanto a la metodología para encontrar el núcleo esencial de los derechos constitucionales seguiremos lo expuesto en la Sentencia T – 426 de 1992 que se puede resumir en los siguientes términos. En primera instancia es preciso combinar: de un lado, la caracterización de facultades inherentes al derecho en estudio, esto es, ubicar cuál es la facultad de actuación necesaria para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito, y sin las cuales se desnaturalizaría; del otro, la determinación de los intereses jurídicamente protegidos, es decir, ubicar cuál es la parte del contenido que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. En segunda instancia se debe resguardar el principio constitucional de ponderación del fin legítimo, ponderación frente a otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos. Todo esto, a través de un juicio de proporcionalidad y razonabilidad (ponderación) que deberá realizar el intérprete. Y finalmente, en caso de existir duda en torno a la ubicación del núcleo esencial para proceder a la limitación de un derecho, el intérprete deberá orientarse por el principio del “*favor libertatis*”, es decir que no deberá limitarse el derecho porque la restricción es lo excepcional y lo excepcional deberá justificarse, no debe dejarse margen a la duda.

La teoría tiene una estrecha relación con el principio de legalidad, de manera tal que sólo el legislador es el llamado a limitar ciertos derechos con garantía de su integridad. No obstante, el ejercicio de esta función debe realizarse con respeto a la Constitución y al núcleo esencial de los derechos constitucionales.²⁹

Igualmente, la teoría puede comportar una doble posibilidad de interpretación: relativa (formal) o absoluta (material). En la absoluta o material, hay un doble espacio, el interior que es siempre permanente e inmodificable, y el exterior que corresponde a un anillo sobre el cual el legislador puede imponer las restricciones respectivas. En la relativa o formal, que ha sido defendida en Alemania por Robert Alexi y la más seguida por nuestra Corte Constitucional, expone que el núcleo esencial es lo que queda del derecho después de haberse efectuado el proceso de ponderación del derecho en análisis frente a otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos que pudieran limitarlo.³⁰

El siguiente paso, luego de examinar la teoría del núcleo esencial de los derechos constitucionales, será entonces determinar cuál es el núcleo esencial de la libertad de empresa y si ese núcleo esencial corresponde a una visión relativa o absoluta.

Para ello, lo primero que debemos observar es que la libertad de empresa sienta sus bases, contenido y limitaciones en el Estado Social de Derecho. En virtud de esto, la libertad de empresa siempre deberá interpretarse y llenarse de contenido con

²⁸ En Colombia la única consagración legal que existe del método de interpretación del núcleo esencial la encontramos en nuestra ley estatutaria de estados de excepción (Ley 137 de 1994), que se valió de tal noción para establecer una cláusula de límites a los límites de que pueden ser objeto los derechos fundamentales en casos de conmoción interior, guerra exterior o emergencia, en los artículos 5, 6 y 7 de la mencionada ley.

²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 426 de 1992.

³⁰ OZUNA, Néstor. El núcleo esencial de los derechos fundamentales. Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Constitucional, notas de investigación aún no publicadas.

fundamento en la prevalencia del interés general sobre el particular³¹, la protección al medio ambiente y el patrimonio cultural de la nación y en la democracia empresarial (que se va a traducir en la puerta que abre el constituyente para que los trabajadores, que son la parte social de la empresa, participen en la gestión de la misma³²).

Sobre el particular la CORTE CONSTITUCIONAL se ha pronunciado en los siguientes términos <<El artículo 333 de la Constitución (...) propende por el equilibrio entre el reconocimiento de la libertad económica y la protección del interés general, no sólo para lograr eficiencia y garantías para el sistema económico sino también debido a la incorporación de la fórmula de Estado Social de Derecho (C.P. art. 1º) en virtud de la cual el poder público debe, entre otros fines, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar los principios y deberes de la Constitución (C.P. art. 2º). Esto explica que el artículo 333 superior establezca límites a la libertad económica, como el bien común y la propia función social de la empresa, e incorpore herramientas para que el Estado evite que se obstruya la libertad económica y el abuso de las personas o empresas de su posición dominante en el mercado>>³³. Y en similar forma manifestó el alto tribunal en otra oportunidad <<La libertad de empresa le otorga a toda persona el derecho de ejercer y desarrollar una determinada actividad económica, de acuerdo con el modelo económico u organización institucional que, como ya se anotó, en nuestro país lo es la economía de mercado, la libertad que al tenor del Estatuto Supremo no es absoluta, ya que el legislador está facultado para limitar o restringir su alcance cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. Además, no puede olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que cumplir, la que implica ciertas obligaciones, y que la libre competencia económica supone responsabilidades>>³⁴

Por esto se podría sostener, que el núcleo esencial del derecho de la libertad de empresa va a estar constituido por todo aquello que resulte de ese derecho que se reconoce a toda persona para desarrollar actividades de carácter económico con miras a mantener o incrementar su patrimonio, que en ponderación con otros derechos no afecte negativamente, la función social de la empresa, el interés general, el medio ambiente, el patrimonio cultural de la nación³⁵ o la democracia empresarial. En otras palabras, será solamente posible en virtud del cumplimiento de las funciones que impone el Estado Social limitar el derecho de libertad de empresa.

Con la mencionada aproximación al núcleo esencial de la libertad de empresa, directamente nos estamos matriculando con la visión relativa o formal del núcleo esencial, toda vez que no fijamos a priori un contenido mínimo irreducible e inmutable de la libertad de empresa, sino que por el contrario ese contenido siempre será distinto dependiendo de cada situación tópica, ponderándose la libertad económica con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos.³⁶

³¹ Véase artículo 1º de la Constitución Política de Colombia.

³² Véase artículo 57º de la Constitución Política de Colombia.

³³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 624 de 1998.

³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-524 de 1996.

³⁵ El patrimonio cultural es definido como “el conjunto de bienes culturales corporales e incorporeales, que constituye nuestra herencia cultural”. Carrizosa Calle, Martín. Algunas consideraciones sobre las guacas, los tesoros y las especies náufragas, 1990. Citado por Montoya Vargas Yuni “La Empresa en la Nueva Constitución”.

³⁶ Creemos importante citar cuál ha sido la visión que el Profesor Aragon Reyes ha tenido sobre el contenido del núcleo esencial de la libertad de empresa, pues él presenta bajo una visión absoluta o material del núcleo esencial que “la igualdad” es el elemento definitorio del contenido esencial, de

Será entonces éste el criterio que adoptaré en adelante para interpretar el contenido de la libertad de empresa, pues cada vez que vez analicemos los distintos sectores de protección de la libertad empresarial y la posibilidad de limitarla, veremos que la prevalencia de la función social de la empresa, el interés general, la protección al medio ambiente, la defensa del patrimonio cultural de la nación y la democracia empresarial marcarán el derrotero central de este derecho.

En resumen, no hay libertad de empresa “*in genere*”, pero sí contenido esencial “*in genere*” de la libertad de empresa³⁷, o en palabras de O DE JUAN <<Son legítimas todas las limitaciones impuestas por la ley [habría que añadir, siempre que estén constitucionalmente justificadas] con tal que respeten la libertad del empresario a ejercer o dejar de ejercer la actividad objeto de regulación: una cosa es el establecimiento de límites a la actividad empresarial y otra la obligación o prohibición de la actividad empresarial en sí misma...>>³⁸.

5. CONTENIDO ESENCIAL DE LA LIBERTAD DE EMPRESA – LIMITES

Estudiaremos el contenido esencial y limitaciones de la libertad de empresa bajo un mismo acápite, dado que son temas que en el análisis práctico de la figura resultan inseparables; en consecuencia resultará más útil fijar el contenido de la figura si previamente se identifican sus límites³⁹.

Los límites a la libertad de empresa, fijados bajo la potestad normativa de la ley tienen como fin la protección de la igualdad de las transacciones para salvaguardar al público, en su situación de debilidad contractual, frente al empresario. Por ello, generalmente la regulación legal busca preservar el buen funcionamiento del mercado dictando normas sobre: marcas, publicidad, defensa de la competencia, consumo, regulación de precios, etc.⁴⁰

En lo atinente a la delimitación del contenido esencial de la libertad de empresa, se ha considerado pertinente seguir el esquema planteado por el profesor alemán FRITZ OSSENBÜHL en su escrito “Las Libertades del Empresario según la Ley Fundamental de Bonn”⁴¹ pero conforme a los parámetros del derecho colombiano, con ejemplos prácticos y procurando dar aplicación a la teoría del núcleo esencial en los términos descritos anteriormente.

La solución a los problemas que afectan los derechos constitucionales no puede ser orientada por retóricas fórmulas generales, sino por el contrario, por una investigación

manera que todas las empresas deben gozar de *igual* grado de libertad siempre que se dediquen al mismo género de actividad, en el mismo sector del mercado. (Aragón, Manuel. Ob. cit ., p. 389.)

³⁷ ARAGON Reyes, Manuel. Ob. cit ., p. 389 – 396.

³⁸ Citado por ARAGON Reyes, Manuel. Ibid., p. 393.

³⁹ Bajo el contexto del Tratado de la Unión Europea se expresa que si un Estado miembro quiere organizar la actividad empresarial, deberá respetar las libertades fundamentales del tratado: libertad de circulación de personas, bienes y capitales, libertad de establecimiento y prestación de servicios, normas de respeto al mercado y leal competencia, etc. (ARIÑO Ortiz, Gaspar. Ob. cit . P. 260.)

⁴⁰ ARIÑO Ortiz, Gaspar. Op Cit p. 262.

⁴¹ OSSENBÜHL, Fritz. “Die Freiheiten des Utermehmers nach dem Grundgesetz”. Traducido al español por los profesores españoles Manuel Pulido Quecedo y Ulrike Ester, bajo el título de “Las libertades del empresario según la ley fundamental de Bonn”. Publicado en: Revista Española de Derecho Constitucional, año 11, número 32, mayo – agosto de 1991, págs. 9 – 44.

minuciosa de los hechos legislativos en los que se fundamentó la ley. La aplicación y efectividad de las libertades económicas reside en la efectiva realización de los derechos constitucionales, lo cual presupone la existencia de un consenso mínimo sobre su contenido, para que de esta manera las autoridades competentes fomenten y garanticen esta realización, toda vez que bajo un orden económico liberal el Estado debe ser garante de las libertades económicas.⁴² Es por esto que a continuación se presentará una descripción tópica de las distintas libertades que integran la libertad de empresa, intentando darles una explicación y aplicación prácticas conforme a la experiencia jurídica normativa colombiana desde la perspectiva del derecho de sociedades, tal y como lo advertimos al inicio de este escrito.

A. Libertad de fundación de una empresa:

En un orden lógico, el primer aspecto de la libertad de empresa es precisamente la libertad de emprender actividades económicas organizadas.

Cuando un grupo de personas toma la decisión de constituir una empresa, por ejemplo bajo la forma de una sociedad, encuentra que el ejercicio de su derecho no es absoluto, en la medida en que no podrá hacerlo bajo su entero arbitrio, sino que por el contrario, deberá limitar su conducta al cumplimiento de unas condiciones objetivas o subjetivas que le impone la ley con miras a preservar el interés general de la comunidad.

Así las cosas, unas de las primeras limitaciones a que se ve avocado el futuro empresario serán aquellas de carácter subjetivo, es decir, aquellas que exigen unas determinadas condiciones para quien quiere constituirse bajo una determinada forma de empresa, así por ejemplo, si un futuro empresario quiere constituirse bajo la forma de una sociedad anónima deberá hacerlo con el cumplimiento de las condiciones subjetivas que para ello exige la ley, verbigracia formar una persona jurídica con mínimo 5 accionistas⁴³ o con el pago efectivo de una parte del capital suscrito⁴⁴; veamos en particular el último ejemplo: si se toma la decisión de constituir una sociedad anónima, se debe hacer con el respectivo sacrificio patrimonial de los socios para conformar al menos la parte del capital que la ley exige, de manera tal que los terceros puedan tener como garantía un patrimonio mínimo de la empresa con el cual se puedan honrar las obligaciones por ella contraídas. Acá en últimas, se está defendiendo el interés general sobre el particular, y la libertad de empresa se está viendo limitada en cuanto al capital se refiere por preservar intereses más allá de los particulares de los socios.

Aspecto central de la libertad de empresa en materia societaria, es que los socios tengan plena autonomía para escoger su objeto social, es decir que libremente puedan decidir el conjunto de operaciones y actividades que va a desarrollar la empresa, y a lo cual comprometerán todo su esfuerzo. Sin embargo tal libertad, en ocasiones puede ser coartada por las mencionadas “limitaciones objetivas”, las cuales nos ayudarán a fijar el contenido del derecho de la libertad de empresa en lo que a la formación de la misma concierne, pues por medio de ellas la ley puede restringir el ejercicio de una determinada actividad económica organizada como es el caso de los monopolios estatales⁴⁵, limitando, como es obvio, el libre acceso de los particulares a determinada

⁴² *Ibíd.*, p. 41 – 42.

⁴³ Ver artículo 373 del C. Com.

⁴⁴ Ver artículo 376 del C. Com.

⁴⁵ Ver artículo 336 de la C.N.

actividad empresarial. Por ejemplo: ninguna persona podrá tomar la iniciativa de constituir una sociedad cuyo objeto social sea la producción de bebidas alcohólicas en el territorio nacional sin la expresa autorización o permiso del Estado a través de los Departamentos, pues por expresa disposición normativa en Colombia⁴⁶ éste es un monopolio estatal atribuido únicamente a las entidades territoriales. Nuevamente, bajo este supuesto el interés particular tiene que ceder frente al general.

B. Libertad de organización del empresario.

Partiendo de la premisa de que la correcta y efectiva organización de la empresa es un factor indispensable para el empresario en procura del éxito económico de la misma, será importante ver cómo todos los elementos que hacen parte de esa organización, son a su turno elementos de la libre iniciativa privada dentro del marco de la libertad de empresa. Por esta razón, haremos algunos comentarios sobre los elementos que hacen parte de la organización empresarial; tales son: la determinación de la forma jurídica en que se va a constituir, la definición de su estructura interna, la asignación del nombre e incluso la ubicación de su domicilio.

En cuanto a la forma de organización de la empresa, por ejemplo como una sociedad comercial, los socios van a tener una libertad reglada, en la medida que sólo podrá formar su empresa eligiendo una de las formas que ofrece el estatuto mercantil, por ejemplo, elegirá constituir su empresa con la estructura de una sociedad anónima, una sociedad de responsabilidad limitada, una sociedad colectiva, entre otras opciones⁴⁷.

En lo atinente a la definición de su estructura interna, podemos citar la libertad del empresario en cuanto a la determinación del número, estructura y designación de cargos de los órganos que toman las decisiones al interior de la empresa, facultad que para las sociedades en Colombia, y en especial forma para la sociedad anónima, se encuentra reglada en el capítulo III, título VI del libro II del Código de Comercio.

La asignación del nombre es otra de las manifestaciones claras de la libertad de empresa, pues si el empresario quiere desarrollar su actividad de carácter económico lo más lógico es que el ordenamiento jurídico le permita designarlo como mejor le parezca; sin embargo, la ley, en defensa del interés general, ha querido intervenir en este tema colocando algunas restricciones como la encontrada en el artículo 373 del C. Com. respecto de la sociedad anónima, toda vez que exige que el nombre debe ir acompañado de las palabras “Sociedad Anónima” o “S.A.”, de forma similar los otros tipos societarios, esto con miras a que todo aquel que quiera adelantar relaciones contractuales con la empresa conozca prima facie el régimen de responsabilidad de sus accionistas.

Finalmente, la asignación del domicilio, esto es, del lugar o lugares donde la empresa va a desarrollar su objeto económico, es la última de las libertades que comprometen la organización de la misma, pero se ha visto parcialmente limitada en cuanto al deber de información se refiere, toda vez que la ley exige que se designe claramente cuál va a ser su domicilio⁴⁸ para que terceros conozcan el lugar a donde pueden reclamar sus intereses.

C. Libertad de dirección de la empresa.

⁴⁶ Ver artículo 336 inciso 5º, y artículo 312 del Código Penal.

⁴⁷ Ver libro segundo del código de comercio y ley 222 de 1995.

⁴⁸ Ver artículo 110 numeral 3 del C. Com.

Otro elemento de la libertad empresarial es la libertad de dirigir y desarrollar la empresa, libremente fundada y organizada, de acuerdo con las propias ideas, planes, evaluaciones y decisiones.⁴⁹ Dentro de este marco se encontrará la libertad de planificación económica, la libertad de contratación del capital humano, la libertad de producción, y la libertad de inversión y desarrollo.

En cuanto a la libertad de planificación económica, es claro que el empresario siempre tiene la facultad de dirigir financieramente su empresa de la forma como mejor corresponda, planificando sus inversiones de capital. Sin embargo, el empresario no debe olvidar que toda vez que actúe como administrador de la misma, deberá obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios⁵⁰, pues de lo contrario comprometerá su responsabilidad patrimonial⁵¹ frente a los asociados⁵² (en caso de que sea una sociedad) y frente a terceros. Igualmente, tal libertad de planificación económica se podría ver limitada en la medida en que se encuentre bajo alguno de los supuestos de vigilancia o control⁵³, o en algunos casos más graves cuando la empresa se vea sometida a un acuerdo de reestructuración⁵⁴ o a una liquidación obligatoria⁵⁵, situaciones en las cuales se regirán por las normas especiales que regulen estas materias y con la directa intervención estatal por medio de la Superintendencia que corresponda según sea el caso.

Otro aspecto de la libertad de dirección de la empresa es aquel referido al tema laboral, en que el empresario va encontrar limitada su libertad de elección y sobre todo de contratación de capital humano por las normas de orden público de carácter laboral, mandatos legales que son prevalentemente proteccionistas del trabajador, lo cual es consecuencia necesaria de los modernos estados sociales de derecho.

La libertad de disposición como parte integrante de la libertad de dirección se podrá ver igualmente limitada por mandato legal cuando se imponga la prestación de ciertos servicios a las empresas a favor del Estado. Ejemplo típico de esta restricción a libertad empresarial lo será la carga que impone el Estado a las empresas de recaudar algunos impuestos como el IVA, o más específicamente aquellos que se encuentren catalogados como grandes contribuyentes⁵⁶, modalidad que normalmente viene aparejada a las grandes empresas.

En lo atinente a la libertad de producción, entendida ésta tanto de bienes como de servicios, puede ser limitada a través de prohibiciones de producción, colocación de topes o restricciones en la producción o la imposición de requisitos para ejercer determinada actividad económica. El primero de los casos es en realidad muy excepcional y sólo se configurarán bajo legislaciones especiales normalmente atadas a circunstancias coyunturales. Otro es el caso de la imposición de requisitos para el ejercicio de una actividad económica, toda vez que, dependiendo de la influencia económica o social de algunas actividades, el legislador ha querido, por ejemplo, autorizar su funcionamiento mediante la concesión de licencias como es el caso del

⁴⁹ OSSENBÜHL, Fritz. Ob. cit., p. 29.

⁵⁰ Ver artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

⁵¹ Ver artículo 200 del C. Com., modificado por la Ley 222 de 1995.

⁵² Ver artículo 25 de la Ley 222 de 1995.

⁵³ Ver artículos 84 y 85 de la Ley 222 de 1995.

⁵⁴ Ver Ley 550 de 1999.

⁵⁵ Ver capítulo III de la Ley 222 de 1995.

⁵⁶ Ver artículo 437-2 numeral 2º del Estatuto Tributario.

funcionamiento de los establecimientos educativos, la fabricación de productos farmacéuticos o el mismo ejercicio de la actividad bancaria. Finalmente, en cuanto a las restricciones en la prestación de servicios, tenemos verbigracia en Bogotá la limitación que se impone a las empresas de transporte público de no ejercer su actividad con algunos vehículos (señalizados por el número de su placa) durante unos horarios previamente definidos por la Administración Distrital.

Con relación a este punto la CORTE CONSTITUCIONAL se ha manifestado afirmando << (...) el Estado al regular la actividad económica cuenta con facultades para establecer límites o restricciones en aras de proteger la salubridad, la seguridad, el medio ambiente, el patrimonio cultural de la Nación, o por razones de interés general o bien común. En consecuencia, puede exigir licencias de funcionamiento de las empresas, permisos urbanísticos y ambientales, licencias sanitarias, de seguridad, de idoneidad técnica, etc., pero en principio a título de ejemplo no podría interferir en el ámbito privado de las empresas, es decir, en su manejo interno, en las técnicas que se deben utilizar en la producción de los bienes y servicios, en los métodos de gestión, pues ello atentaría contra la libertad de empresa y de iniciativa privada; pero sí puede, desde luego, proteger los intereses sociales de los trabajadores, las necesidades colectivas del mercado, el derecho de los consumidores y usuarios, etc. >>⁵⁷

D. Libertad de la actividad en el mercado⁵⁸

La primera de ellas será la libertad del empresario de fijar como mejor le parezca los precios de sus productos, libertad básica en una economía de mercado en el que a su turno será normalmente el mismo mercado el encargado de regular los precios bajo un esquema de sana competencia. No obstante, el Estado en ejercicio del principio intervencionista podrá colocar límites a los precios de determinados bienes o servicios, siempre que se vea amenazada la libre competencia económica o los derechos del consumidor⁵⁹.

Otra de estas libertades es la libertad de distribución y venta de productos o servicios, que puede ser limitada, por ejemplo a través de la prohibición o restricción en la distribución y venta de algunos componentes químicos que pueden ser usados para la fabricación de estupefacientes, o la limitación a la libre negociabilidad de bienes que se encuentren gravados con algún tipo de garantía real (por ejemplo la prenda)⁶⁰ pues con dichas garantías se está protegiendo el interés de terceros.

Otro aspecto central de la libertad de empresa en el contexto de la libertad de mercado, es la “libre competencia”⁶¹, materia de amplísimo desarrollo en la legislación colombiana y con innumerables ejemplos, de ahí que a efectos de este trabajo sólo quiera enunciar que la defensa de esta libertad económica le comporta al Estado una doble tarea: de un lado evitar la competencia desleal⁶² y de otro impedir el desarrollo

⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-524 de 1996.

⁵⁸ Hoy en día es evidente que el derecho de propiedad, la libertad de empresa y un mercado abierto y competitivo constituyen tres de esas paredes maestras sobre las que se construye una sociedad libre y próspera. (ARIÑO Ortiz, Gaspar. Op Cit. P. 260).

⁵⁹ Ver Decreto 3466 de 1982.

⁶⁰ Ver título XI del libro IV del Código de Comercio.

⁶¹ Artículo 333 inciso 2º de la C.N. “la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”.

⁶² Ver Ley 256 de 1996.

de prácticas restrictivas de la libre competencia⁶³, la libertad de empresa debe respetar las reglas de la competencia leal. Sobre el punto, quisiera traer a colación un pronunciamiento de la CORTE CONSTITUCIONAL que recuerda cómo la libre competencia, como parte de la libertad económica, se encuentra también sujeta en sus alcances al cumplimiento de los fines del Estado Social <<*En un Estado Social de Derecho, dentro del cual el poder público asume responsabilidades tales como la racionalización de la economía, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, no menos que la de promover la productividad y la competitividad, y que tiene a su cargo la orientación de la política económica hacia el desarrollo armónico de las regiones (C.N., art. 334), la libre competencia no puede erigirse en derecho absoluto ni en barrera infranqueable para la intervención del Estado. Esta debe dar, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de bienes, todo lo cual implica indudables limitaciones, correctivos y controles para la iniciativa particular. Se trata, al fin y al cabo, de realizar fines esenciales del Estado como promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (C.N., preámbulo y art. 2º), en ejercicio de un papel dinámico y activo inherente a su función básica de dirección general de la economía*>>⁶⁴.

En este mismo sentido la libertad contractual entendida como aquella libertad que permite al empresario determinar libremente la celebración o no de un contrato, además de la forma típica o atípica del contrato o el contenido del mismo, puede ser limitada por el legislador en algunos casos expresamente señalados, verbigracia, cuando al propietario de un predio por razones de ubicación es obligado por mandato legal a constituir una servidumbre de tránsito⁶⁵, o en los casos de expropiación o venta forzada por razones de utilidad pública o interés social⁶⁶.

Finalmente, encontramos la protección a los secretos industriales como elemento de la libertad de distribución, pues éste es un derecho propio de toda empresa en el desarrollo de su actividad, toda vez que guarde relación con el manejo de secretos industriales, de allí que la violación a los mismos sea sancionable tanto por la ley mercantil⁶⁷ como por la penal⁶⁸. Pero de igual forma a los demás libertades, el derecho de protección de los secretos industriales no es absoluto, y por tanto debe ajustarse a los parámetros normativos que se han fijado en el ordenamiento jurídico colombiano en materia de propiedad industrial⁶⁹.

6. LA FUNCIÓN SOCIAL COMO LÍMITE A LIBERTAD DE EMPRESA

La función social de la empresa ha sido entendida reiteradamente por la jurisprudencia colombiana⁷⁰ como uno de los límites a la libertad de empresa, así las cosas el

⁶³ Ver Decreto 2153 de 1992 y Ley 155 de 1959.

⁶⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-398 de 1995.

⁶⁵ Ver artículos del 905 al 908 del C.C.

⁶⁶ Ver artículo 58 de la C.N.

⁶⁷ Es sancionable por la ley mercantil en la medida que constituye un hecho de competencia desleal regulado por el artículo 16 de la Ley 256 de 1996.

⁶⁸ Sancionado como delito en el artículo 258 del Código Penal.

⁶⁹ A este respecto véase la Decisión 344 de 1993 del Acuerdo de Cartagena y los artículos 260 a 266 de la Decisión 486 de 1980.

⁷⁰ Véase por ejemplo las Sentencias de la Corte Constitucional: T-375 de 1997, C-586 de 2001 y C-624 de 1998.

empresario tendrá derecho a ejercer libremente su actividad económica organizada siempre y cuando respete, además de los límites ya presentados, la función social de la empresa. Sobre este aspecto el ponente para el segundo debate en la Asamblea Nacional Constituyente doctor Jesús Pérez González afirmó <<la libre empresa tiene su fundamento en la propiedad privada. Ella es la piedra angular de la economía. De ahí que la Constitución anterior y la nueva la garanticen como un derecho; el cual, sin embargo, sólo se justifica como tal en la cabeza de su titular, en la medida en que se cumpla una función social>>⁷¹. Y En términos de la CORTE CONSTITUCIONAL <<El artículo 333 de la Constitución acoge esos valores y propende, entonces, por el equilibrio entre el reconocimiento de la libertad económica y la protección del interés general, no sólo para lograr eficiencia y garantías para el sistema económico sino también debido a la incorporación de la fórmula del Estado social de derecho (C.P. art. 1º), en virtud de la cual el poder público debe, entre otros fines, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar los principios y deberes de la Constitución (C.P. art. 2º). Esto explica que el artículo 333 superior establezca límites a la libertad económica, como el bien común y la propia **función social de la empresa**, e incorpore herramientas para que el Estado evite que se obstruya la libertad económica y el abuso de las personas o empresas de su posición dominante en el mercado...>>⁷². (La negrilla es nuestra).

El Estado Social de Derecho marca un derrotero fundamental para la instauración de la función social de la empresa, pues se propone un Estado en donde tanto individuos como organizaciones tengan un carácter social. Por tanto, la Empresa no puede ser ajena a dicho propósito y menos aún al ser un motor socioeconómico tan importante, tanto que la misma Constitución le ha reconocido el lugar de ser la *base del desarrollo*.

Resulta pues claro que de manera similar a lo ocurrido en otras latitudes del mundo, en Colombia, la Empresa tiene una significación social que va más allá del simple beneficio particular del empresario, pues tiene una función social que implica obligaciones que en términos generales se pueden resumir en las siguientes: el ejercicio de su actividad no debe causar perjuicios a terceros, debe explotar adecuadamente los recursos naturales, debe abstenerse de producir artículos defectuosos o sin los requerimientos ambientales, su actividad debe ser conforme a los derechos fundamentales, debe cobrar lo justo por sus bienes o servicios y procurar siempre acatar las metas sociales que se ha fijado la nación.⁷³ Ello implica que la empresa se encuentra sujeta a unos objetivos sociales que son prioritarios, pues de por medio está la defensa del interés general.

En conclusión, el empresario también verá limitado el ejercicio de su libertad de empresa por el cumplimiento de una función social, es decir que deberá orientar sus actividades no sólo a que sus bienes o servicios sean productivos o dejen un marco de utilidad, sino además cooperen al desarrollo y crecimiento económico de la nación, colaboren a la cohesión social y a la protección medioambiental, para de este modo contribuir a la satisfacción de las necesidades sociales, que por supuesto como se ve, van más allá de la simple expectativa lucrativa que en principio podría tener el empresario.

7. MECANISMOS DE PROTECCIÓN

⁷¹ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Ponencia para segundo debate. Gaceta Constitucional No. 113, p 29. (Citado por Pinilla Moreno, Reinaldo. Ob. cit ., p. 244).

⁷² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-624 de 1998.

⁷³ Tomado parcialmente de PINILLA Moreno, Reynaldo. Ob. cit ., p. 245.

En Colombia, quién puede garantizar y/o limitar, según sea el caso, en mejor forma la libertad de empresa es el Estado⁷⁴ a través del ejercicio del “Intervencionismo de Estado”⁷⁵. Estas medidas de intervención administrativa pueden ser de muy variado orden: desde la simple comunicación hasta limitación del ejercicio de una actividad, pasando por las autorizaciones, licencias, permisos, inscripciones en registros públicos, homologaciones técnicas, defensa de la libre competencia, etc.⁷⁶

Por vía judicial creemos que el mecanismo idóneo para la defensa de este derecho es la acción de tutela⁷⁷, pues aún cuando éste es un procedimiento constitucional para la defensa de derechos fundamentales, es posible ser aplicado para otros derechos constitucionales en virtud de la teoría de la conexidad, tal y como lo observamos en el apartado tres de este escrito. En efecto, ha sido reconocido por la jurisprudencia y la doctrina la posibilidad de incoar esta acción toda vez que exista conexidad entre la trasgresión de un precepto constitucional y un derecho fundamental. Por ejemplo, si una empresa en incumplimiento de su función social infringe el derecho fundamental a un ambiente sano, el afectado estará plenamente legitimado para iniciar acción de tutela contra la empresa trasgresora. Además, si en un futuro próximo nuestra Corte decide reconocerle a la libertad de empresa su condición de fundamental, la acción de tutela sería entonces su instrumento de protección por vía directa.

8. LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO FUNDAMENTO DE LA AUTONOMÍA PRIVADA

La autonomía privada entendida como la potestad de los particulares para autorregular sus intereses tiene hoy un asiento constitucional en la Libertad de Empresa y en el reconocimiento de la personalidad jurídica^{78 79}.

Hacemos esta afirmación dado que, la Constitución reconoce y protege la libertad de empresa a partir de garantizar: “la libertad” como un principio inspirador de la estructura del Estado colombiano⁸⁰; “la participación de todos en la vida económica”

⁷⁴ El inciso cuarto del art. 333 de la C.N. reza “El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o restrinja la libertad económica y evitará a controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.”

⁷⁵ Ver art. 334 de la C.N.

⁷⁶ ARIÑO Ortiz, Gaspar. Op Cit. P 275.

⁷⁷ Ver artículo 86 de la C.N.

⁷⁸ ALARCÓN Rojas, Fernando. Fundamentos constitucionales del negocio jurídico y de las obligaciones. En: Ideación Jurídica No. 5, Corporación Universitaria de Ibagué, programa de derecho, 1996, Ibagué, p. 6 -9.

⁷⁹ Sobre el particular la Corte Constitucional ha manifestado “Como previamente lo ha sostenido esta Corporación, la autonomía de la voluntad privada goza de sustento constitucional. En efecto, este postulado se deriva de la ampliación de varios derechos constitucionales concurrentes, a saber: el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (C.P. art. 14), el derecho a la propiedad privada (C.P. art 58), la libertad de asociación (C.P. arts. 38 y 39), la libertad económica, la libre iniciativa privada y la libertad de empresa (C.P. arts. 333 y 334). Estos derechos constitucionales les confieren a los asociados la potestad de crear, modificar y extinguir relaciones jurídicas. Precisamente, en el derecho positivo colombiano, se ha construido el postulado de la autonomía de la voluntad privada a partir del contenido normativo previsto en el artículo 1602 del Código Civil (...)”. CORTE CONSTITUCIONAL. T-418 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil

⁸⁰ Ver preámbulo de la C.N.

como un fin esencial del Estado⁸¹; y “la propiedad” privada como facultad concedida a las personas para apropiarse individualmente de bienes y servicios⁸².

Luego, la libertad es fuente de la autonomía privada toda vez que para que una persona pueda efectivamente autorregular sus intereses, necesita que el Estado le garantice este ejercicio de una forma libre y que pueda además apropiarse de lo obtenido en el ejercicio de su actividad económica.

En virtud de esto, la autonomía de la voluntad ya no puede ser observada como el principio absoluto e ilimitado de regulación de intereses particulares del siglo XIX, sino que en tiempos modernos, por influencia constitucional, ésta ha sido relativizada con miras a proteger el interés común, el principio de solidaridad, los derechos de los terceros y las libertades básicas de la economía de mercado.⁸³

CONCLUSIONES

1. No obstante la omisión textual del principio de libertad de empresa en la Constitución Política de 1991, éste es un derecho que se mantiene vigente en la estructura jurídica colombiana por desarrollo jurisprudencial y doctrinal.
2. La libertad de empresa puede ser definida como una libertad que se concede a toda persona para desarrollar actividades de carácter económico y para mantener o incrementar su patrimonio.
3. La libertad de empresa, si bien es un derecho que en Colombia no tiene el carácter de fundamental, si es una institución jurídica que se erige como valuarte de las organizaciones empresariales, de allí que sea de singular importancia analizar su contenido y limitaciones con aplicación de la teoría del núcleo esencial como método de hermenéutica en el derecho nacional, para de esa manera permitir a los empresarios visualizar el marco de libertad que tienen en ejercicio de su actividad empresarial.
4. El núcleo esencial de la libertad de empresa está constituido por todo aquello que en ponderación con otros derechos no afecte negativamente la función social de la empresa, el interés general, el medio ambiente, el patrimonio cultural de la nación o la democracia empresarial.
5. Delimitamos el contenido esencial de la libertad de empresa a través del análisis de las distintas libertades que la integran, esto es: libertad de fundación de una empresa, libertad de organización del empresario, libertad de dirección de la empresa y libertad de la actividad en el mercado.
6. La función social de la empresa se erige en Colombia como una de las principales limitaciones a la libertad de empresa.

⁸¹ Ver artículo 2º de la C.N.

⁸² Ver artículo 58 de la C.N.

⁸³ CORTE CONSTITUCIONAL. T-418 de 2003.

7. El Intervencionismo de Estado a través de la intervención administraría y la Acción de Tutela son en Colombia los mecanismos idóneos para garantizar y/o limitar la libertad de empresa.
8. La libertad de empresa es fuente constitucional de la autonomía privada.